

CAPITANT 2014
RAPPORT QUÉBÉCOIS : CONTRAT + IMMATÉRIEL

par

Vincent Gautrais*

A. L'immatériel et le droit des contrats généraux

- 1. Dans quelle mesure la dématérialisation des échanges d'information a-t-elle marqué le droit des contrats ? Ya-t-il, dans votre ordre juridique, des règles particulières sur la conclusion du contrat par internet ou par téléphone (par exemple obligations spéciales d'informations ; possibilité de corriger des erreurs lors de la saisie des données ; droit de rétractation) ? Quelles sont les répercussions sur le droit des contrats en général ?**

En comparaison de plusieurs autres juridictions, il nous semble que l'approche québécoise fut pour le moins **minimaliste**. Si une loi spécifique fut adoptée en 2001, à savoir la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*¹ (ci après L.c.c.j.t.i.), celle-ci ne prévoit que peu de dispositions relatives au contrat électronique. Plus précisément, si des changements importants émanent de ce texte en matière de preuve, de gestion documentaire, voire en ce qui a trait à certaines formalités que l'on trouve à l'occasion en matière contractuelle (écrit, signature, original, etc.), presque rien n'a été modifié quant à la formation à proprement parler du contrat électronique. En fait, l'état de la nouveauté peut se présenter au regard de deux sources distinctes.

La première est la *L.c.c.j.t.i.* qui dispose d'une unique disposition en lien avec le contrat à savoir l'article 35². Directement inspiré des travaux onusiens³, sous réserves de distinctions mineures, cet article tente de suppléer la difficulté de réaction de la machine⁴.

* Professeur titulaire, CRDP, Faculté de droit, Université de Montréal, titulaire de la Chaire en droit de la sécurité et des affaires électroniques. Courriel : vincent.gautrais@umontreal.ca. Sites: www.gautrais.com / www.lccjti.ca / www.droitdu.net. Twitter : @gautrais.

¹ *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, LRQ c-1-1. (ci après « L.c.c.j.t.i. »)

² Art. 35 L.c.c.j.t.i. : « La partie qui offre un produit ou un service au moyen d'un document préprogrammé doit, sous peine d'inopposabilité de la communication ou d'annulation de la transaction, faire en sorte que le document fournisse les instructions nécessaires pour que la partie qui utilise un tel document puisse dans les meilleurs délais l'aviser d'une erreur commise ou disposer des moyens pour prévenir ou corriger une erreur. De même, des instructions ou des moyens doivent lui être fournis pour qu'elle soit en mesure d'éviter l'obtention d'un produit ou d'un service dont elle ne veut pas ou qu'elle n'obtiendrait pas sans l'erreur commise ou pour qu'elle soit en mesure de le rendre ou, le cas échéant, de le détruire. »

³ *Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux*, Rés. AG 60/2, Doc. Off. AG NU, 60^e sess., Doc. NU A/RES/60/2 (2005), art. 14 (1). À ce sujet, lire Vincent GAUTRAIS, « Analyse comparative de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux au regard du droit civil québécois », *Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada*, août 2008, Québec, par. 47 et suiv., p. 15.

De façon beaucoup plus significative, il importe de mentionner l'innovation survenue en 2006 avec des amendements conséquents de la *Loi sur la protection du consommateur*⁵. Le contrat à distance est analysé dans sa généralité et introduit des spécificités à toutes les étapes du processus contractuel (Voir la question 2).

D'ailleurs, la jurisprudence s'est principalement basée sur les principes généraux du droit des obligations ; un droit tout à fait susceptible d'intégrer cette nouveauté. La décision la plus significative en la matière est sans conteste l'arrêt de la Cour suprême du Canada en juillet 2007, *Dell Computer c. Union des consommateurs*⁶, qui considéra notamment que relativement à un contrat de consommation en ligne, avant les amendements précités, un hyperlien ne constituait pas une clause externe (article 1435 C.c.Q.), une clause d'arbitrage n'était pas abusive (1437 C.c.Q.) et que le contrat particulièrement long de l'affaire n'était pas illisible ou incompréhensible (1436 C.c.Q.). De façon plus précise, cet arrêt prend le soin de mentionner que preuve n'a pas été faite d'une violation de ces dispositions⁷, ce qui rend possible l'évocation de ces principes dans une jurisprudence subséquente. Ce sera notamment le cas dans l'affaire *Mofoko c. Ebay Canada Ltd*⁸, où le juge identifie la volonté apparente du rédacteur du contrat, en l'occurrence *eBay*, à noyer l'information dans une foule de stipulations⁹. Néanmoins, il importe de mentionner que de telles décisions sont fort rares. Et peu de décisions prennent donc le soin d'évaluer ou d'identifier une spécificité factuelle qui pourrait caractériser les contrats électroniques par rapport aux équivalents papier.

2. Est-ce qu'on peut observer le surgissement d'un véritable droit du commerce électronique (par voie d'internet) et mobile (par voie d'appareils électroniques portables, comme les téléphones intelligents) ? Quelles sont ses caractéristiques ?

Comme mentionné plus tôt, il est difficile de trouver dans le *Code civil du Québec* la consécration d'un droit distinct dans la mesure où aucun amendement n'a été intégré pour faire état de cette nouveauté factuelle. Le seul corpus de règles qui a été modifié est donc le droit de la consommation. Relativement à ce droit, il nous semble possible de signaler deux caractéristiques principales.

⁴ Rés. AG 51/162, Doc. Off. AG NU, 51^e sess., Doc. NU A/RES/51/162 (1996), en ligne : <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/05-89451_Ebook.pdf>.

⁵ *Loi sur la protection du consommateur*, LRQ, c. P-40.1, art. 54.1 et suivants.

⁶ *Dell Computer c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34.

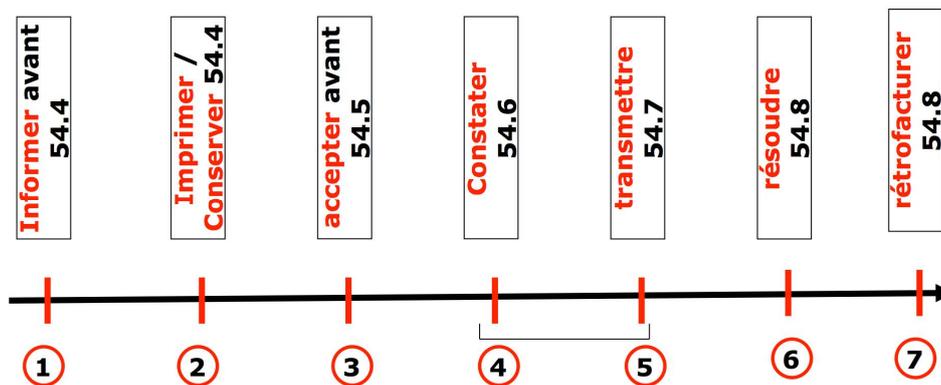
⁷ *Id.*, par. 103 : « Comme il a été mentionné précédemment, l'hyperlien en surbrillance paraît à chaque page à laquelle le consommateur accède et il n'a été présentée aucune preuve permettant de conclure que le texte était difficile à repérer à l'intérieur du document, ou qu'il était difficile à lire ou à comprendre ».

⁸ 2013 QCCS 856.

⁹ *Id.* « [7] On voit par la suite 6 ½ pages (8½ x 11 lorsqu'imprimées) de texte touffu dans lesquelles s'alignent un nombre important d'avis, de conditions et de restrictions qui s'empilent les unes sur les autres dans un langage peu compréhensible, du moins pour les clients ordinaires, ce qui doit les dissuader de même tenter de les comprendre. [...] [9] Le tribunal ajoute qu'il serait fascinant de sonder les utilisateurs des services de eBay pour savoir combien d'entre eux ont déjà lu le « User agreement » même en partie, et encore plus, combien l'ont lu en entier! »

En premier lieu, et même si cette loi fut directement inspirée par des développements propres à Internet¹⁰, les dispositions en cause traitent expressément du « contrat conclu à distance »¹¹. Par cette expression volontairement large, on veut s'assurer que la loi s'applique à l'ensemble des situations où les parties ne sont pas en présentiel. Cela concerne évidemment les contrats électroniques mais bien sûr aussi ceux par téléphone, télévision, voire, si cela existe encore, par catalogue. Un régime commun existe donc, à la différence de plusieurs autres juridictions qui évoquent spécifiquement les contrats électroniques ou les contrats par Internet¹².

En second lieu, suite à une modification législative intervenue en 2006, les articles 54.1 à 54.16 de la *Loi sur la protection du consommateur* font état d'une **procéduralisation** assez caractérisé du contrat de consommation à distance. Par ce néologisme, nous voulons signaler que la protection du consommateur qui était traditionnellement associée à la matière physique du papier, suite à l'immanquable disparition de ce dernier, se trouve substituée par la mise en place d'un processus, d'une succession d'étapes qui cherche à suppléer cette garantie. L'on peut évaluer à sept les étapes qui ont été introduites dans la *Loi sur la protection du consommateur*, et ce, selon l'ordre chronologique suivant :



En premier lieu, le commerçant doit au préalable s'assurer de bien informer le consommateur. Pour ce faire, une liste exhaustive de mentions doit être affichée par le marchand (54.4 L.p.c.). Il est possible de critiquer cette façon de faire qui tend à « noyer » l'information ; l'information, c'est comme l'oxygène, lorsqu'il y en a trop, on perd sa raison d'être. Néanmoins, face à ce risque de « pollution informationnelle », le législateur prend le soin d'ajouter que ces informations doivent être présentées « de manière évidente et intelligible et les porter expressément à la connaissance du consommateur »¹³. Néanmoins, cette nouvelle exigence en terme de présentation de l'information n'a, au meilleure de notre connaissance, jamais été interprétée par un juge. **En deuxième lieu**, le consommateur doit pouvoir conserver ou imprimer

¹⁰ GOUVERNEMENT DU CANADA, Modèle d'harmonisation de contrat de vente par Internet, 2001, disponible à <https://www.ic.gc.ca/eic/site/oca-bc.nsf/fra/ca01642.html>.

¹¹ *Loi sur la protection du consommateur*, LRQ, c. P-40.1, art. 54.1 et suivants.

¹² Vincent GAUTRAIS, « Le nouveau contrat à distance et la Loi sur la protection du consommateur », dans Pierre-Claude LAFOND (dir.), *Le droit de la consommation sous influences*, éditions Yvon Blais, 2007, Cowansville, p. 105, à la page 117.

¹³ Art. 54.4 *in fine* L.p.c.

le contrat à distance (54.4 L.p.c. *in fine*). Moins exigeante que d'autres lois, notamment en France, il est seulement prévu ici que le consommateur puisse aisément se constituer une preuve papier des stipulations vis-à-vis desquelles il s'engage. **En troisième lieu**, relativement à l'acceptation à proprement parler, le consommateur doit pouvoir avoir une option (54.5 L.p.c.). Au-delà du traditionnel clic sur l'icône « j'accepte », le consommateur ne doit pas être prisonnier de ce dernier. On peut donc imaginer qu'un bouton équivalent à « je refuse » soit désormais nécessaire. De la même façon, et conformément à l'article 35 L.c.c.j.t.i. précité, le consommateur doit être en mesure de corriger les données qu'il a lui-même saisies. **En quatrième lieu**, une fois le consommateur informé et l'acceptation manifestée, le contrat doit être constaté par écrit (54.6 L.p.c.). Plus précisément, une copie doit être transmise au consommateur (54.7 L.p.c.), ce qui constitue une démarche, la **cinquième**, qui peut être assimilée à la précédente¹⁴. **En sixième lieu**, et de façon très distincte aux précédentes dispositions, la L.p.c. prévoit des hypothèses très précises de résolution du contrat de consommation à distance (54.8 L.p.c.). À la différence du droit européen qui prévoit un droit de rétractation sans justification aucune pour les contrats à distance, le droit québécois encadre strictement les hypothèses où une résolution peut être utilisée par le consommateur. Ainsi, ce droit ne peut être uniquement invoqué que lorsque l'un des précédentes conditions n'est pas respectées ou dans d'autres cas précis comme par exemple celle où la livraison du bien s'éternise (54.9 L.p.c.). Enfin, **en septième lieu**, la L.p.c. met de l'avant une nouveauté qui s'intitule la rétrofacturation. Par ce procédé, un consommateur qui considère ses droits bafoués peut demander à l'émetteur de carte de crédit de suspendre le paiement que le consommateur a effectué lors de son achat. La charge de la preuve repose donc sur le commerçant pour que le paiement soit finalement octroyé (54.8 à 54.16 L.p.c.). Si cette procédure était déjà parfois suivie par les émetteurs de carte, sur la base d'un jugement de valeur de leur part, elle devient automatique, et ce, même si nous disposons de très peu d'information quant à la manière dont elle se déroule. En résumé, et conformément aux propos tenus il y a près de 20 ans par le professeur américain Ethan Katsh : « Paper contract is an act ; electronic contract is a process »¹⁵.

Cet encadrement chronologique offert dans la L.p.c. offre, d'une part, des garanties processuelles en lien avec les spécificités des contrats à distance. Globalement, celles-ci s'assurent que le consommateur soit en mesure d'avoir la meilleure information possible sur le contrat en cause. Elles mettent aussi en place un ralentissement volontaire du contrat comme mesure de protection du consommateur, et ce, afin que ce dernier dispose sans doute d'une meilleure prise de conscience de l'acte qu'il est en train de conclure ; une prise de conscience qui est souvent l'une des fonctions principales que le formalisme protecteur entend assurer¹⁶. D'autre part, et dans une moindre mesure, quelques solutions substantielles ont été introduites dans les amendements de 2006, notamment l'incapacité générale d'utiliser des clauses compromissaires dans tous les contrats de consommation¹⁷, ce qui était, et est encore, courant dans les contrats en ligne.

¹⁴ Notons que le document d'harmonisation fédéral sur lequel la L.p.c. s'est inspiré, mentionné à la note 9, traite ces deux questions dans un article unique.

¹⁵ Ethan KATSH, *Law in a Digital World*, coll. « MyiLibrary », New York, Oxford University Press, 1995, p. 129.

¹⁶ Lon FULLER, « Consideration and Form », (1941) 41 *Columbia Law Review* 799, 803.

¹⁷ Art. 11.1 L.p.c.

Pour conclure sur ce point, il est possible de constater que ces nouvelles dispositions, tous comme les dispositions générales du Code civil du Québec, n'ont donné lieu qu'à une jurisprudence bien famélique¹⁸.

3. Quel est le rôle de la protection de données personnelles dans le droit des contrats ?

La protection des renseignements personnels est un droit en marge du droit des contrats ; en marge mais avec un haut niveau de connexité. En effet, ce lien « incestueux » entre les deux domaines tient au fait que l'exception principale à l'utilisation des données personnelles, outrageusement dérogatoire à la protection des individus, est justement la notion de consentement. Que ce soit dans le *Code civil du Québec*¹⁹, ou les lois sur la protection des renseignements personnels²⁰, le consentement est considéré comme le moyen d'autoriser l'utilisation des données. Or, nous l'avons vu, la tendance jurisprudentielle est d'élargir les hypothèses de consentement électronique²¹. Un risque existe donc que cette tolérance soit accordée identiquement en matière de consentement à la vie privée. Pourtant, il y a assurément des distinctions ; pour reprendre le propos d'auteurs canadiens, le consentement en matière de vie privée est davantage une « licence » qui vaut pour une durée déterminée²². Un consentement qui doit permettre de réaffirmer la capacité de « contrôle » que l'individu a sur les propres données. Or, dans l'état actuel des pratiques, ce contrôle est totalement vain. D'une part, les contrats sont souvent illisibles de par leur longueur déroutante. D'autre part, malheureusement, nous n'avons pas trouvé de jurisprudence, comme on peut en trouver en Europe, où le caractère abusif ou autrement illégal des consentements est sanctionné par les tribunaux.

4. Y a-t-il des règles particulières pour les contrats portant sur des biens immatériels concernant l'exécution, l'inexécution et la restitution en cas d'invalidité du contrat ?

Au meilleur de notre connaissance, nous ne voyons que peu de dispositions particulières qui aient pris le soin d'encadrer spécifiquement des contrats sur des biens immatériels. Néanmoins, il nous semble possible d'identifier une mesure législative qui vint spécifiquement contrer une pratique

¹⁸ On ne peut constater que 4-5 décisions traitant de ce nouveaux processus contractuel, de surcroît, de façon assez superficielle. Gauthier c. Resotage.com inc., 2012 QCCQ 4453 ; Mailhot c. BuroPLUS division commerciale, 2011 QCCQ 9285 ; Aubry c. Bigfoot Paintball, 2011 QCCQ 16047 ; Vraykov c. Premier choix Canada inc. (Vacances Signature), 2011 QCCQ 8282 ; Servant c. 7032935 Canada inc. (Hot-g-vibe), 2011 QCCQ 1545 ; Alami c. Mégaquébec Internet, 2010 QCCQ 2638.

¹⁹ Art. 35 C.c.Q.

²⁰ *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, LRQ c. P-39.1, art. 13 et 14 ; *Loi fédérale sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* (plus connue sous l'acronyme PIPEDA), L.C. 2000, c. 5, disponible à <http://www.canlii.ca/ca/loi/p-8.6/>, annexe 1, article 3.

²¹ Voir nos propos précédents en lien avec l'arrêt *Dell*.

²² Ian R. KERR, Jennifer BARRIGAR, Jacquelyn BURKELL et Katie BLACK, « Soft Surveillance, Hard Consent », (2006) 6 *Personally Yours*, pp. 1-14, page 6, disponible à http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=915407. Les auteurs affirment notamment : « Taken altogether, the consent provisions in PIPEDA strongly suggest that consent acts like a “license” that permits some limited collection, use, or disclosure. Thus, the consent given to an organization to use an individual’s personal information is necessarily restricted and does not give the organization ultimate control over personal information in perpetuity. »

tant fréquente que répréhensible, à savoir, le changement unilatéral de contrat²³. Car les contrats en ligne, pour des biens mais encore davantage pour des services, donnent la possibilité de référer à un contrat accessible sur Internet ; contrat qui ne peut être modifié à dessein par le commerçant à moins de respecter certaines conditions strictes²⁴. Cette possibilité était d'ailleurs contractuellement prévue ; elle le demeure d'ailleurs en dépit de l'intervention législative²⁵ qui suscita à ce jour que peu de réactions jurisprudentielles²⁶.

B. L'immatériel et le droit des contrats spéciaux

5. Quels sont les types de contrats modernes sur l'approvisionnement d'information (par exemple contrat de *web hosting*, *access provider*, *application hosting*, *cloud computing*, *app store*) ?

Il est difficile de faire une énumération complète des contrats « modernes » que les technologies envisagent. Il en est néanmoins un certain nombre, limité, qui donne lieu à un encadrement législatif particulier. Parmi ceux-ci, nous pouvons en citer au moins quatre qui proviennent de la même loi. Le **premier** est devenu presque classique et constitue le **contrat d'hébergement**²⁷. En fait plus exactement, plus que les obligations contractuelles qui découlent de ce service c'est davantage l'exonération générale de responsabilité qui est associée à ce type de service. Nous y reviendrons à la question 6. Un autre exemple de contrat qui dispose d'un certain encadrement est celui qui a trait à la simple **communication d'information** ; là encore, il importe d'exonérer le prestataire qui agit avec diligence pour retirer une information qui serait illégale²⁸. De façon plus exigeante, le **contrat de certification d'identité** est assez grandement encadré, les obligations des trois parties en cause (prestataire de certification – contractant – tiers qui se base sur le certificat) étant énumérées²⁹. Également, dernier exemple, le contrat de garde est lui aussi envisagé dans la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, cette activité consistant à assurer la conservation sécurisée où l'information est sensée être confidentielle, intègre et disponible³⁰.

Bien entendu, au-delà de ces contrats qui ont été prévus dans une disposition particulière, il en existe une foultitude d'autres qui sont simplement gérés par le *Code civil du Québec* et ses dispositions générales. Parmi ceux qu'il nous a été possible de constater, mentionnons seulement

²³ *Loi sur la protection du consommateur*, LRQ, c. P-40.1, art. 11.2.

²⁴ Selon l'article 11.2 L.p.c. précité, le consommateur doit avoir expressément connaissance de la modification, et ce, plus d'un mois avant son application. Également, cette dernière sera en certains cas tout simplement interdite (contrat à durée déterminée), notamment quand elle portera sur un élément essentiel du contrat.

²⁵ On trouve en effet de nombreuses hypothèses où le commerçant s'octroie la possibilité de modifier librement le contrat, et ce, en contravention de ces nouvelles dispositions.

²⁶ On peut seulement citer l'acceptation d'un recours collectif qui est encore en attente de jugement et qui traitera de l'application de cette disposition. *Martin c. Société Telus Communications*, 2013 QCCS 2648.

²⁷ Art. 22 L.c.c.j.t.i.

²⁸ Art. 36 L.c.c.j.t.i.

²⁹ Art. 61 et 62 L.c.c.j.t.i.

³⁰ Art. 26 L.c.c.j.t.i.

les deux suivants : en premier lieu, il existe les contrats en lien avec l'infonuagique (cloud computing). Nous n'avons pas été en mesure de trouver la moindre jurisprudence faisant état de ce type de contrat. Un travail de qualification devra être envisagé afin de voir s'il s'agit d'un contrat nommé, et notamment d'un contrat de service ou d'entreprise³¹, ou si davantage le contrat doit être vu comme étant *sui generis*. Évidemment, ces contrats étant pour la plupart des contrats d'adhésion, il est possible d'y appliquer les dispositions correctrices, et réductrices, tels que les articles 1435, 1436, 1437 C.c.Q. Ceci dit, et en dépit de l'absence de contestation devant les tribunaux, il y a fort à dire sur les clauses usuelles qui apparaissent dans les contrats provenant des multinationales offrant ce type de services. Plusieurs d'entre elles présentent en effet des pathologies dont on peut croire qu'elles ne résisteraient pas à un examen judiciaire.

En second lieu, il est aussi un exemple de contrat qui bénéficiera d'un encadrement particulier, à savoir, les contrats de téléphonie cellulaire, et ce, même si la section de la loi en cause s'intitule plus largement « Contrat à exécution successive de service fourni à distance ». Étant donné des pratiques contractuelles assez attentatoires aux intérêts des consommateurs, le Gouvernement décida d'intervenir spécifiquement afin de les encadrer. D'abord, un premier article vint préciser les informations obligatoires que le commerçant doit fournir au consommateur³². Comme pour les contrats à distance en général, la liste est exhaustive et passablement longue. Ensuite, on vient encadrer la reconduction du contrat qui était une pratique courante. Désormais, un formalisme protecteur prenant la forme d'un avis écrit est adressé au consommateur afin de lui faire prendre conscience qu'il peut mettre fin au contrat³³. Dans la même lignée, le consommateur peut résilier en tout temps et sans justification le contrat qui le lie au commerçant³⁴. Enfin, et surtout, un encadrement strict vient limiter la somme que le commerçant peut exiger du consommateur dans l'hypothèse où le contrat prend fin avant l'échéance contractuellement prévue³⁵. Une règle de trois est proposée, prenant compte des éventuels avantages dont le consommateur a pu bénéficier, et limitant donc le montant que le commerçant peut exiger au consommateur. De très rares décisions sont disponibles relativement à ces articles³⁶, d'autant que deux d'entre elles concernent des recours collectifs, acceptés, mais non encore traités³⁷.

6. Quelle est la relation entre le client et le fournisseur d'accès d'internet ? Quelles sont les obligations des parties ? Le fournisseur d'accès d'internet est-il responsable pour le contenu téléchargé par son client ?

³¹ Art. 2098 C.c.Q.

³² Art. 214.2 L.p.c.

³³ Art. 214.3 et 214.4 L.p.c.

³⁴ Art. 214.6 L.p.c.

³⁵ Art. 214.7 L.p.c.

³⁶ Dussault c. Groupe Intégral inc., 2013 QCCQ 15828 ; Beauchemin c. 9140-0887 Québec inc. (Alarme Microcom), 2012 QCCQ 13521. Ces deux décisions se contredisent en ce qui a trait au domaine d'application de la L.p.c. En effet, le règlement de la Loi sur la protection du consommateur exempte l'application de la L.p.c. pour les services de télésurveillance (art. 79.9 du Règlement), et ce, sans doute à cause des frais d'installation qui sont généralement requis.

³⁷ Brière c. Rogers Communications, 2012 QCCS 2733 ; Morin c. Bell Canada, 2011 QCCS 6166.

Dans le cas particulier des contrats d'hébergement, un régime particulier comme dans la plupart des lois nationales, est venu exonérer le prestataire des services quant aux actions effectuées par leurs clients. Au Québec, en 2001, l'article 22 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* est la disposition qui clé qui déresponsabilise le prestataire, sous réserve de ce dernier d'agir avec diligence pour retirer le contenu problématique³⁸. Cette façon de faire, en dépit là encore d'une jurisprudence presque inexistante, ce qui est difficile à comprendre, surtout en comparaison de ce qui se passa ailleurs, correspond à tort ou à raison à un « consensus » assez généralisé³⁹.

Tout récemment, en 2012, la *Loi sur la modernisation de la Loi sur le droit d'auteur*⁴⁰ est venue complexifier la donne en établissant un régime distinct de celui applicable au Québec. En effet,

« contrairement aux recommandations de la Cour suprême, le législateur fédéral n'a pas retenu le modèle d'« avis et retrait » préconisé à différents niveaux par ses homologues québécois, européens et états-unien. Ainsi, plutôt que d'imposer à l'intermédiaire technique l'obligation de retirer un contenu hébergé ou transmis, l'approche adoptée propose plutôt un modèle d'« avis et avis »⁴¹.

Le régime fédéral propose donc un modèle encore moins demandant pour l'intermédiaire technique qui n'a qu'à adresser un avis au contrevenant, l'ensemble des obligations étant sur les épaules du titulaire des droits. Une boutade veut que les canadiens soient les champions du droit constitutionnel, tant ce domaine est présent dans notre droit positif. Cet exemple illustre la difficile conciliation entre les deux régimes applicables d'autant qu'ils sont ici sensiblement différents.

7. Quels sont les types de contrats que l'on peut conclure sur des biens immatériels ? Quelles sont les conditions, quelles sont les limites ?

La notion de bien immatériel nous semble devoir être traitée soit dans la seconde partie en lien avec le droit d'auteur soit sur le panel en droit des biens.

³⁸ Art. 22 L.c.c.j.t.i. : « Le prestataire de services qui agit à titre d'intermédiaire pour offrir des services de conservation de documents technologiques sur un réseau de communication n'est pas responsable des activités accomplies par l'utilisateur du service au moyen des documents remisés par ce dernier ou à la demande de celui-ci. Cependant, il peut engager sa responsabilité, notamment s'il a de fait connaissance que les documents conservés servent à la réalisation d'une activité à caractère illicite ou s'il a connaissance de circonstances qui la rendent apparente et qu'il n'agit pas promptement pour rendre l'accès aux documents impossible ou pour autrement empêcher la poursuite de cette activité. »

³⁹ Nicolas VERMEYS, « C-11 : la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information et la responsabilité des intermédiaires techniques québécois : une dualité de régimes (in) utile (s) ? », (2013) 25-3 *Cahiers de propriété intellectuelle* 1051, 1054.

⁴⁰ Loi sur le droit d'auteur, , art. 31.1, 41.25, 41.26, 41.27.

⁴¹ Nicolas VERMEYS, « C-11 : la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information et la responsabilité des intermédiaires techniques québécois : une dualité de régimes (in) utile (s) ? », (2013) 25-3 *Cahiers de propriété intellectuelle* 1051, 1071.

8. La licence, quels droits donne-t-elle (par exemple : droit exclusif ou simple) ? Quelles sont les règles de forme applicables à la licence (par exemple : stipulation écrite, enregistrement)? Quelles sont les obligations du titulaire du droit de propriété intellectuelles (par exemple : transfert de *know how*, assistance technique) et du licencié (par exemple : obligation d'exploiter, obligation de non-concurrence) ?

Selon la *Loi sur le droit d'auteur*, la licence est sujette aux formalités de l'écrit et de la signature⁴². Ces deux formalités sont en *common law* interprétée avec une grande largesse. En effet, et en comparaison du droit civil, un moindre rigorisme est généralement associé aux formalités *ad validitatem* dans ces juridictions⁴³. Les tribunaux canadiens ne dérogent d'ailleurs pas à cette tendance, traduisant en général une réception fort favorable aux technologies nouvelles⁴⁴.

Néanmoins, ce qui aurait pu être sujet à une interprétation facile de ces conditions formelles pose davantage de difficultés du fait de la présence d'une disposition quelque peu méconnue dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*⁴⁵. En effet, les articles 41 et 43 de cette loi prévoient que la satisfaction des formalités respectives de l'écrit et de la signature doivent satisfaire aux conditions prévues par règlement⁴⁶. Or, depuis 2000, date de l'adoption de cette loi, aucun règlement général ne fut adopté qui soit susceptible de s'appliquer à une telle question de cession ou concession de droit d'auteur. Une simple lecture *a contrario* de ces deux articles pourraient donc laisser croire qu'il est impossible de conclure une licence sur support numérique. Ce qui serait résolument absurde et contraire à une tendance jurisprudentielle forte.

Il ne nous apparaît pas impossible qu'un tribunal canadien puisse passer outre de telles exigences législatives non satisfaites, d'une part en se basant sur une jurisprudence stable et d'autre part, en se basant sur l'équivalent des fonctions (selon la notion d'équivalence fonctionnelle⁴⁷) qu'un écrit ou signature électronique est capable de satisfaire. Ceci dit, il est bien clair que l'interprète juridique se serait bien passé de ce défaut.

⁴² *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 13 (4) : « (...) mais la cession ou la concession n'est valable que si elle est rédigée par écrit et signée par le titulaire du droit qui en fait l'objet ».

⁴³ Voir Chris REED, « How to Make Bad Law : Lessons from Cyberspace », (2010) 73-6 *Modern Law Review* 903, 906.

⁴⁴ Vincent GAUTRAIS, *La neutralité technologique : rédaction et interprétation des lois face aux technologies*, Montréal, Éditions Thémis, 2012, p. 233. Ce livre est disponible en ligne sur www.gautrais.com.

⁴⁵ *Loi fédérale sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* (plus connue sous l'acronyme PIPEDA), L.C. 2000, c. 5, disponible à <http://www.canlii.ca/ca/loi/p-8.6/>.

⁴⁶ À titre d'exemple, l'article 41 se lit comme suit : « Dans le cas où une disposition d'un texte législatif exige qu'un document soit fait par écrit, un document électronique satisfait à l'obligation si les conditions suivantes sont réunies : a) la disposition ou le texte législatif est inscrit sur la liste figurant à l'annexe 2 ou 3; b) les règlements visant l'application du présent article à la disposition ont été observés. »

⁴⁷ Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, LexisNexis, Montréal, 2014, p. 74.